

EL

CONTRATO

DE

COMODATO

Y EL

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

TESIS DOCTORAL DE ESTEBAN CENTANARO (h)



ÍNDICE

PALABRAS PREVIAS

CAPÍTULO I

CONCEPTO

1) <i>Nociones generales</i>	5
2) <i>Origen histórico</i>	5
3) <i>Definición legal</i>	10
4) <i>Denominación</i>	12
5) <i>Etimología</i>	13

CAPÍTULO II

CARACTERES

6) <i>Noción y enumeración</i>	15
7) <i>Unilateral</i>	15
8) <i>Real</i>	19
9) <i>Gratuito</i>	20
10) <i>No formal</i>	23

11) <i>Nominado</i>	24
---------------------------	----

CAPÍTULO III

COMPARACION CON OTRAS FIGURAS

12) <i>Con locación de cosas</i>	27
13) <i>Con el contrato de concesión privada</i>	31
14) <i>Con la habitación</i>	32
15) <i>Con la donación</i>	32
16) <i>Con el mutuo</i>	34
17) <i>Con la compra-venta</i>	34
18) <i>Con el depósito</i>	36

CAPÍTULO IV

ELEMENTOS ESENCIALES

19) <i>Nociones generales</i>	37
20) <i>Consentimiento</i>	38
21) <i>Objeto</i>	43
22) <i>Causa</i>	45
23) <i>Entrega de la cosa</i>	48

<i>24) Que la misma sea gratuita.....</i>	<i>48</i>
<i>25) Que se conceda el uso.....</i>	<i>49</i>

CAPÍTULO V

CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN

<i>26) Capacidad.....</i>	<i>51</i>
<i>27) Legitimación.....</i>	<i>62</i>

CAPÍTULO VI

FORMA Y PRUEBA

<i>28) Forma.....</i>	<i>67</i>
<i>29) Prueba.....</i>	<i>70</i>

CAPÍTULO VII: EFECTOS

<i>30) Generalidades.....</i>	<i>75</i>
<i>31) Obligaciones del comodatario.....</i>	<i>76</i>
<i>32) Obligaciones del comodante.....</i>	<i>91</i>

CAPÍTULO VIII

EL COMODATO FUERA DEL DERECHO CIVIL

<i>33) El comodato y los contratos administrativos.....</i>	<i>93</i>
---	-----------

34) <i>Derecho mercantil</i>	107
------------------------------------	-----

CAPÍTULO IX

LOS ARTICULOS 2273 Y 2274 DEL CODIGO CIVIL Y EL ABUSO DE CONFIANZA

35) <i>Normas involucradas</i>	113
36) <i>Aproximación al concepto de abuso de confianza</i>	116
37) <i>Vinculación de los Artículos 2273 y 2274 del Código Civil con el Penal</i>	118

CAPÍTULO X

DEFRAUDACION POR SUSTRACCIÓN DE COSA PROPIA O HURTO IMPROPIO

38) <i>Nociones generales</i>	121
39) <i>La acción típica</i>	122
40) <i>El delito del inc. 5 del Artículo 173 en el Comodato</i>	124

CAPÍTULO XI

EL DELITO DE ESTELIONATO

41) <i>Nociones generales</i>	129
42) <i>La acción típica</i>	130
43) <i>El delito del inc. 9 del Artículo 173 en el comodato</i>	134

CAPÍTULO XII**EL DELITO DE APROPIACIÓN DE COSA PERDIDA O DE TESORO**

44) <i>Nociones generales</i>	135
45) <i>La acción típica y el dolo</i>	138
46) <i>El delito de apropiación de tesoro en el comodato</i>	142

CAPÍTULO XII**EL DELITO DE USURPACION**

47) <i>Nociones generales</i>	143
48) <i>La acción típica y el dolo</i>	159
49) <i>El delito de usurpación en el comodato</i>	161

CAPÍTULO XIV EL DELITO DE DAÑO

50) <i>Nociones generales</i>	173
51) <i>La acción típica y el dolo</i>	175
52) <i>El delito de daño en el comodato</i>	177

CAPÍTULO XV**EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD**

53) <i>Nociones generales</i>	179
54) <i>La acción típica y el dolo</i>	180
55) <i>El delito de abuso de autoridad en el comodato</i>	184
<i>BIBLIOGRAFIA</i>	187



16 SET. 1986

BC
45875

PALABRAS PREVIAS

El comodato, o sea el préstamo de uso, ha existido fácticamente, en la historia de la humanidad, mucho antes de su regulación legal positiva.

Debemos tener en cuenta la circunstancia, en general admitida, de que el comodato era muy difundido en la antigüedad; este dato surge al considerarse la función socioeconómica del préstamo de uso, sobre todo en el contexto histórico de una sociedad primitiva, basada en una economía típicamente agrícola - pastoril fundada, por su propia naturaleza, en la necesidad de la autosuficiencia de los medios de producción y en la solidaridad entre los diversos individuos que la componían, lo cual naturalmente llevaba a este tipo de contrato.

En Roma, con anterioridad a su tipificación como contrato, no se dejaba al comodante sin protección frente al comodatario que se negara a restituirle la cosa comodada, sino que se le concedía, desde la época de Marco Giunio Bruto, la *actio furti*¹; tengamos en cuenta el concepto amplísimo del *furtum* romano, en el cual cabía cualquier forma de atentado contra el patrimonio ajeno².

Es decir que desde el inicio de la vida jurídica del comodato existe una directa vinculación del mismo con el Derecho Penal. La relación entre la figura analizada y el delito toma carta de ciudadanía definitiva con la ley francesa del 15 de mayo de 1863, que incluye la entrega efectuada a partir de un préstamo de uso entre los

¹ Conforme ZANNINI, Pierluigi, *Spunti critici per una storia del commodatum*, Dott. A. Giuffrè, Milano 1983, pág. 6 y 127/33, véase también POLÁČEK, *Comodato e furto: spunti d'interpretazione dialettica in Labeo*, 19, Milano 1973.

² Conforme FINZI, Conrado A., *La estafa y otros fraudes*, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1961, pág. 15.

contratos que dan lugar a la apropiación indebida basada en el abuso de confianza³.

En nuestro Derecho Civil los artículos 2273 y 2274, al relacionar la conducta de los herederos del comodatario o de él mismo con el **“crimen de abuso de confianza”**, justifican plenamente el trabajo que intentamos.

A los efectos de un ordenamiento lógico de esta tesis, se considerará primero el contrato de comodato y luego la posibilidad de que, como consecuencia o en virtud del mismo se cometan delitos previstos por el derecho criminal.



³ Conforme CARRARA, Francesco, *Programma del "Corso di Diritto Criminale"*, dettato nella Regia Università di Pisa. (Traducción castellana del P. ORTEGA TORRES, José J. y GUERRERO, Jorge, *Programa de derecho criminal - Parte especial*, volumen IV tomo 6, Bogotá, 1959, pág. 368, nota 1.)



CAPÍTULO I: CONCEPTO

Sumario: 1) Nociones generales 2) Origen histórico A) Derecho Romano, B) Los Glosadores y los Post Glosadores, C) La Escuela del Derecho Natural, D) El pensamiento de Polhier y Domat, E) La Codificación Decimonónica 3) Definición legal 4) Denominación 5) Etimología

1) NOCIONES GENERALES

A través de nuestra experiencia profesional obtenemos la evidencia de que el comodato, pese a ser un contrato gratuito, tiene importantes y variadas aplicaciones prácticas, lo que nos lleva a la agradable conclusión de que nuestra sociedad no está totalmente imbuida de un malsano espíritu materialista.

Desarrollaremos pues, el contrato de comodato, que es el préstamo gratuito de uso de una cosa no fungible, con facultad de usarla y con obligación de devolverla.

2) ORIGEN HISTÓRICO

Si bien desde el origen de la humanidad existió el préstamo, tanto el de uso como el de consumo, en las primitivas legislaciones se estableció una importante

normatividad para el mutuo y en particular regularon el tema de los intereses, pero prestaron poca atención al comodato.

A) DERECHO ROMANO

El origen del comodato, como otras tantas figuras jurídicas, debe rastrearse en el Derecho Romano, en el cual había sido conocido primero como *utendum dare* y luego como *commodatum*, habiéndose realizado originariamente, según lo afirman algunos, pero lo niegan otros⁴, mediante una enajenación con pacto de fiducia, por el cual el adquirente se obligaba a retransmitirle la cosa al transmitente originario. A fines de la República y por la actividad del *pretor* se otorgó una acción *in factum* para obtener que, quien había recibido una cosa y se negaba dolosamente a restituirla, fuera obligado a ello concediéndose *in iudicium* (*quod quis commodare dicitur*) acción está que luego fue *in ius* al ser sancionado, durante el Imperio, el contrato en estudio. Es decir que la figura se inicia y evoluciona en Roma, donde adquiere caracteres propios e integra la categoría de contratos *re o re perfitur*.

Como hemos dicho, los juristas romanos aceptaban que era *re* es decir real, pues la *datio rei*, o lo que es lo mismo la entrega de la cosa objeto de aquél, era la causa *civilis obligandi*; enseñaban asimismo que era sinalagmático imperfecto, pues sólo hacía nacer obligaciones a cargo de una de las partes y que estaban sancionadas con *actio commodati* directa, aunque luego pudiera engendrar otras para el comodante, protegidas por la *actio commodati* contraria; predicaban también que era de buena fe, por cuyo motivo generaba acciones del mismo carácter y que era esencialmente gratuito y del derecho de gentes, pues podía también ser realizado por los peregrinos, además de los ciudadanos.

Consideración aparte merece el *PRECARIUM*, de discutible naturaleza contractual, pues para algunos no hacía nacer una obligación, sino una especial y subordinada relación posesoria.

Expresamos que es discutible la naturaleza contractual del *precarium* porque un importante número de romanistas entiende que el mismo era un contrato real innominado que se diferenciaba del *commodatum* por la circunstancia de carecer

⁴ Ver al respecto ZANNINI, Pierluigi, *Spunti...*

de plazo, en contra de la opinión expuesta precedentemente según la cual al menos en el derecho romano no era tal sino una relación posesoria por un interdicto restitutorio pretoriano.

En la actualidad, es mayoritaria la opinión que ve en el precario no un contrato distinto del comodato o una relación posesoria especial, sino como una verdadera modalidad del mismo.

B) LOS GLOSADORES Y LOS POST GLOSADORES

Sostienen los estudiosos de la Historia del Derecho que la escuela de los glosadores fue fundada por Irnerius a fines del siglo XI y que se extendió hasta mediados del siglo XIII.

Los miembros de esta escuela buscaron, mediante el análisis del *Corpus Iuris*, realizar una tarea de exégesis, por la cual se averiguaba el contenido jurídico de cada pasaje de las fuentes, para expresarlo mediante glosas o anotaciones.

Debemos recordar que la Compilación de Justiniano recién recibió, por obra de los glosadores, el nombre de *Corpus Iuris Civilis* en el siglo XII, para distinguirlo de las colecciones de Derecho Canónico⁵.

Los glosadores y los post glosadores nada innovaron en este contrato sino que reprodujeron en sus glosas las disposiciones del por ellos denominado *Corpus Iuris Civilis*.

USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR

⁵ Conforme GASTALDI, José María y CENTANARO, Esteban, *Excepción de incumplimiento contractual*, Editorial Abeledo - Perrot, Buenos Aires. 1995, pág. 47.

C) LA ESCUELA DEL DERECHO NATURAL

Entre los juristas de esta escuela se comienzan a plantear dudas acerca de que fuera o no aplicable a los contratos reales el principio que el solo consentimiento obligaba.

Heinnccio es el primero que se plantea la cuestión: si, según el derecho natural, los contratos se perfeccionan por el nudo consentimiento, ¿por qué este principio no se aplica a los contratos llamados reales?, y tratando nuestro contrato expresa que, aunque por el derecho natural basta el simple consentimiento para obligar a alguno a dar en uso a otro una cosa, la relación jurídica que nace de ese acuerdo no es sin embargo un comodato, sino un simple *pactum de commodando*. A su juicio, la diferencia, entre el comodato y el *pactum de commodando* es ésta: que por el comodato, el comodatario queda obligado, a restituir la cosa, mientras que por el *pactum de commodando*, el promitente esta obligado a prestar a otro el uso de la cosa ⁶.

D) EL PENSAMIENTO DE POTHIER Y DOMAT

POTHIER afirma, con relación al préstamo, que pertenece a la clase de los contratos reales, es decir, a la de aquellos que no se forman sino por la tradición de la cosa. "En efecto - escribe⁷, no se puede concebir contrato de préstamo de uso, si la cosa no ha sido entregada a quien se le concede el uso; la obligación de devolver la cosa, que es esencial a este contrato, no podría nacer antes de que la cosa haya sido recibida". Continúa expresando: "Se podrá decir que, en nuestro Derecho francés donde todas las convenciones incluso aquellas que el Derecho romano llamaba nuda pacta, son válidas, y producen obligaciones civiles la convención por la que yo habría convenido con usted prestarle, durante tal tiempo, cierta cosa, es válida por el solo consentimiento de las partes. antes que yo os haya

⁶ Conforme JORDANO BAREA, Juan B., *La categoría de los contratos reales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1958 pág. 29.

⁷ POTHIER, R. J., "*Traité de prêt a usage et du précaire*", en *Oeuvres*, tomo 4, París, 1835, pág. 4.

entregado la cosa; y esta convención origina una acción contra mí, para obligarme a entregarle la cosa en el tiempo convenido. Yo respondo -añade - que esta convención no es el contrato de préstamo; es tan sólo una promesa de prestar, que difiere del contrato de préstamo como una promesa de venta difiere del contrato de venta. El contrato de préstamo no se formará sino cuando, en ejecución de esta promesa, ya os haya entregado la cosa. Es verdad que si la cosa está ya en poder del prestatario, por ejemplo, porque había sido depositada en sus manos o de cualquier otra manera que esto sea hecho, el contrato de préstamo recibe en este caso su perfección por el solo consentimiento de las partes. Pero si este consentimiento basta entonces, es porque la tradición se ha hecho con anterioridad; y es siempre cierto decir que el contrato de préstamo es un contrato real, que no se puede formar sino mediante una tradición actual, o que haya precedido. En una palabra, es preciso que la cosa prestada sea dejada en virtud del contrato en las manos del prestatario, o que se encuentra desde antes en su poder.”

Domat ⁸ define el comodato como “una convención por la cual uno da a otro una cosa a fin de que se sirva de ella para determinado uso, etc. ...”, añadiendo que “el comodato es de las convenciones en que uno se obliga a devolver una cosa; por ello mismo no se contrae obligación hasta tanto que haya habido entrega”.

En su artículo 1.875 dice que “el préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa para que sirva de ella...”

E) LA CODIFICACIÓN DECIMONÓNICA

La estructura del comodato pasó casi inalterada a la codificación del siglo XIX, y debe destacarse que en la actualidad ha perdido el carácter real en los códigos suizo, mejicano y peruano⁹.

⁸ DOMAT, J., *Las leyes civiles en su orden natural* tomo 1 Barcelona 1844, pág. 219 y 239.

⁹ El Código Civil Mejicano de 1928, el Artículo 2.497: “Un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de cosa no fungible, y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente”. Código Civil del Perú de 1984, Artículo 1728: “Por

Otro tema intimamente relacionado con la evolución histórica del contrato en estudio es su proyección a otras ramas del derecho como su aplicabilidad eventual al derecho comercial y aun al administrativo.

3) DEFINICIÓN LEGAL

El Artículo 2255 del Código Civil define al contrato en estudio en los siguientes términos: "Habrá comodato o préstamo de uso, cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, mueble o raíz, con facultad de usarla".¹⁰

el comodato el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva."

El Código Suizo de las obligaciones, Artículo 305: "El comodato es un contrato por el cual el comodante se obliga a ceder gratuitamente el uso de una cosa, que el comodatario se obliga a restituir después de haberse servido de ella".

¹⁰ Transcribimos algunas definiciones dadas por la legislación comparada:

El Código Civil Alemán de 1900 (B.G.B.), el párrafo 598 dice que " Por el contrato de comodato el comodante de una cosa se obliga a permitir gratuitamente al comodatario el uso de la cosa".

El Código Civil Austriaco (A.B.G.A.) establece en el párrafo 971 : " El comodato se forma cuando una persona entrega a otra por un cierto tiempo y a título gratuito una cosa no fungible, con el fin de que se sirva de ella. El contrato por el cual una persona promete a otra prestarle una cosa, sin hacer la entrega de la misma, es obligatorio, pero no constituye un contrato de préstamo."

El Código Civil de Bolivia (1975), Artículo 879: " I El préstamo es un contrato por el cual el prestador entrega una cosa al prestatario, para que éste la use y consuma y se la devuelva o restituya su equivalente después de cierto tiempo. II Hay dos especies de préstamos: el de cosas fungibles y el de cosas no fungibles; el primero se llama mutuo o préstamo de consumo o simplemente préstamo; el segundo comodato o préstamo de uso."

El Código Civil de Brasil, Artículo 1248: " El comodato es un empréstito gratuito de cosas no fungibles. Perfeccionase con la tradición del objeto."

El Código Civil de Colombia, Artículo 2200: " El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz para que haga uso de ella, y con cargo de restituir a misma especie después de terminar el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa."

El Código Civil de Ecuador (1985), Artículo 2104: "Comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie mueble o raíz, para que haga uso de ella, con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso. Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa."

En el Proyecto Español de 1851, el Artículo 1.630 definía así el préstamo: "Préstamo es un contrato por el cual una de las partes se obliga a entregar a la otra alguna cosa de las no fungibles para que use de ella gratuitamente y se la devuelva, en cuyo caso se llama comodato, o darle dinero u otra cosa de las fungibles, con la condición de volver otro tanto de la misma especie y calidad, y entonces conserva simplemente el nombre de préstamo".

El Código Civil Español, Artículo 1740: "Por el contrato de préstamo, una de las partes entrega a la otra, o alguna cosa no fungible para que use de ella por cierto tiempo y se la devuelva en cuyo caso se llama comodato..."

El Código Civil Italiano de 1865, Artículo 1.805: "El comodato o préstamo de uso es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra una cosa, a fin de que se sirva de ella por un tiempo o uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida."

El Código Civil Italiano de 1942, en el Artículo 1.803 da la siguiente noción del comodato: "El comodato es el contrato por el que una parte entrega a la otra una cosa mueble o inmueble, a fin de que se sirva de ella por un tiempo para un uso determinado, con la obligación de restituir la misma cosa recibida."

El Código Civil Mexicano de 1928, el Artículo 2.497: "Un contrato por el cual uno de los contratantes se obliga a conceder gratuitamente el uso de una cosa no fungible, y el otro contrae la obligación de restituirla individualmente".

El Código Civil del Perú (Ed. Roque Depalma Buenos Aires 1955), Artículo 1587: "Por el comodato una persona entrega a otra gratuitamente alguna cosa, para que se sirva de ella por cierto tiempo, o para cierto fin, y después la devuelva."

El Código Civil del Perú de 1984 Artículo 1728: "Por el comodato el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva."

El Código Civil Portugués derogado, en el Artículo 1.506 establece: "El contrato de préstamo (género del que son especies el mutuo y el comodato) consistente en la cesión gratuita de cualquier cosa, para que la persona a quien es cedida se sirva de ella, con la obligación de restituirla en especie o en cosa equivalente."

El Código Civil Portugués de 1978, en su Artículo 1129, dispone: "Comodato es un contrato gratuito por el cual una de las partes entrega a otra cierta cosa, mueble o inmueble, para que se sirva de ella, con obligación de restituirla".

El Código Suizo de las Obligaciones, en el Artículo 305: "El comodato es un contrato por el cual el comodante se obliga a ceder gratuitamente el uso de una cosa, que el comodatario se obliga a restituir después de haberse servido de ella".

El Código Civil del Uruguay, Artículo 2216: "El comodato, o préstamo de uso, es un contrato por el cual una de las partes entrega a la otra alguna cosa no fungible mueble o raíz, para que se

A la definición legal se le pueden objetar: la ausencia de la obligación de restituir ¹¹, que surge con toda nitidez de lo normado por el Artículo 2271 del Código Civil ¹², y la calificación de mueble o raíz de la cosa objeto del contrato, por innecesaria; por ello proponemos la siguiente definición: Habrá comodato o préstamo de uso cuando una de las partes entregue a la otra gratuitamente alguna cosa no fungible, con facultad de usarla y con obligación de devolverla.

4) DENOMINACIÓN:

En nuestro derecho se denomina comodato o préstamo de uso; el código francés en su Artículo 1874, aplica la palabra *prêt* tanto a este contrato como al mutuo; en el idioma inglés, la palabra *loan* abarca ambos conceptos; la legislación alemana da el nombre de *liebe* al primero, mientras que reserva el de *darlehen* al de consumo.

use de ella gratuitamente, y se la devuelva en especie. Este contrato podrá probarse por testigos cualquiera que sea el valor de la cosa prestada.”.

Código Civil y de Familia de Costa Rica, pese a tratar el comodato en los artículos 1334 a 1342, no lo define, y el ruso no lo trata .

¹¹ Conforme MACHADO, José Olegario *Explicación y comentario del Código Civil Argentino*, , Editorial Científica y Literaria Argentina, tomo VI, Buenos Aires 1922, núm. 623; SALVAT, Raymundo, *Tratado de Derecho Civil Argentino - Fuentes de las obligaciones*, TEA, tomo III Buenos Aires, 1954 núm. 2157 y SPOTA, Alberto Gaspar, *Instituciones de Derecho Civil - Contratos*, Depalma, volumen VIII, Buenos Aires, 1983, núm. 1838.

¹² Artículo 2271 del Código Civil : “ Cesa el comodato por concluir el tiempo del contrato o por haberse terminado el servicio para el cual la cosa fue prestada, y debe ser restituida al comodante en el estado en que se halle con todos sus frutos y acciones aunque hubiese sido estimada en el contrato. Se presume que el comodatario la recibió en buen estado, hasta que se pruebe lo contrario.”

5) ETIMOLOGÍA:

El término comodato proviene de la voz latina *commodatum*, la que a su vez deriva de *commodare*.

Es discutible la etimología de la voz “commodare”; un grupo sostiene que proviene de la gratuidad del “commodum” concedido al receptor y en su consecuencia la raíz se encontraría en “commodum dare” o en “commodo dare”; por otro lado se enseña que su origen proviene del modo “cum modo dare” que cualifica la posición del comodatario en orden al uso de la cosa entregada.



USAL
UNIVERSIDAD
DEL SALVADOR